

Odpowiedzialność organizatora turystyki za szkodę niemajątkową powstałą na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną

1. Uwagi wstępne

Zagadnienie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną nie znalazło szerszego opracowania w polskiej doktrynie. W przedmiotowym temacie ukazało się jednakże kilka artykułów, których zakres zawęży się do kwestii odpowiedzialności za zmarnowany urlop, jak i kilka publikacji, przedmiotem których jest szerszy aspekt analizy – dopuszczalność naprawienia szkody niemajątkowej na gruncie odpowiedzialności kontraktowej. Faktem bezspornym pozostaje, iż przedmiotowa tematyka jest niezmiernie istotna z uwagi na coraz częściej¹ zawierane umowy o imprezę turystyczną, a co za tym idzie ze względu na różnorodne postacie braku wykonania umowy czy też nienależytego wywiązania się przez organizatora turystyki ze spoczywających na nim zobowiązań umownych. Zasadniczo i bezspornie w razie zaistnienia szkody po stronie klienta biura podróży będzie mowa o odpowiedzialności kontraktowej za szkody majątkowe. Jednakże niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy może rodzić również szkodę o charakterze niemajątkowym, zwaną powszechnie w doktrynie „krzywdą”. Pojawia się zatem pytanie o podstawę odpowiedzialności za taką szkodę. Oczywiście jest, iż zadośćuczynienia za szkodę o charakterze niemajątkowym można dochodzić w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego o odpowiedzialności deliktowej – art. 445 i art. 448. Z drugiej jednak strony znacznie łatwiej klientowi biura podróży byłoby dochodzić zadośćuczynienia za krzywdę w ramach łączącej go z organizatorem turystyki umowy o imprezę turystyczną² – tyle, że w takim wypadku brakuje podstawy prawnej, która dawałaby taką możliwość. W konsekwencji pojawia się wiele rozbieżnych stanowisk. Przedmiotem artykułu będzie w związku z powyższym przedstawienie aktualnego reżimu odpowiedzialności kontraktowej organizatora turystyki oraz próba zaproponowania rozwiązań *de lege ferenda* celem umożliwienia klientowi biura podróży

* Ilona Kuska-Żak – doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Pojawił się w literaturze pogląd o „komercjalizacji” czasu wolnego spędzanego w ramach umowy o imprezę turystyczną – por. M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2005, z. 2, s. 366.

² W ramach odpowiedzialności kontraktowej to organizator turystyki winien udowodnić, iż należyście wykonał zobowiązanie, co rodzi istotne ułatwienia dowodowe po stronie klienta biura podróży. Dodatkowo odpowiedzialność organizatora według art. 11a u.u.t. opiera się na zasadzie ryzyka. W ramach reżimu deliktowego znacznie trudniej dowodowo klientowi uzasadnić swe roszczenie o zadośćuczynienie, to na nim spoczywa *onus probandi* wykazania wyrządzonej mu krzywdy na skutek zawinionego działania organizatora turystyki. Jednocześnie organizator turystyki mógłby w stosunkowo prosty sposób ekskulpować się w przypadku, gdy posługuje się on osobami trzecimi w realizacji swych obowiązków wynikających z umowy.

najskuteczniejszego dochodzenia naprawienia pełnej szkody wyrządzonej mu przez organizatora na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy. Aktualnie w polskim prawie cywilnym brak jest jakiegokolwiek regulacji odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną, co rodzi częstokroć bardzo rozbieżną praktykę orzecniczą.

Niewątpliwie aktualny stan prawny pozostaje również w sprzeczności z wymogami należytej implementacji dyrektywy nr 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek³ (cyt. dalej jako: dyrektywa 90/314). Omawianego problemu dotyczy wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z 12 marca 2002 r. w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH and Co*⁴. Przedmiotem tego orzeczenia była wykładnia art. 5 dyrektywy 90/314, który dotyczy odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej wobec konsumenta za właściwe wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. Stan faktyczny (w uproszczeniu) przedstawiał się następująco. Małoletnia Simone Leitner podczas wakacji spędzanych z rodzicami w Turcji zaraziła się wirusem salmonelli, obecnym w posiłkach serwowanych w hotelu. Choroba trwała przez znaczną część urlopu, dodatkowo rodzice ponieśli koszty związane z leczeniem dziewczynki. W konsekwencji rodzice wystąpili w imieniu córki z roszczeniem odszkodowawczym, w tym również domagali się naprawienia szkody o charakterze niemajątkowym (z uwagi na utratę przyjemności, jakiej oczekiwali w związku z wypoczynkiem wakacyjnym). Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w części obejmującej szkodę niemajątkową w uzasadnieniu podkreślając, iż nie znalazł w prawie austriackim wyraźniej podstawy dla zasądzenia przedmiotowego roszczenia. W ramach rozpoznawania sprawy w toku instancji sąd krajowy zadał pytanie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) o wykładnię art. 5 dyrektywy 90/314. ETS w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia jednoznacznie stwierdził, iż w pojęciu „szkoda inna niż szkoda na osobie” mieści się szkoda niemajątkowa, polegająca na utracie przyjemności z podróży. Na taką właśnie szeroką interpretację pośrednio pozwala brzmienie art. 5 (2) dyrektywy 90/314. Orzeczenie to ma zatem niezwykle istotne znaczenie w zakresie wykładni tego przepisu. Jednoznacznie bowiem obejmuje zakresem tego artykułu również szkodę niemajątkową, co często stoi w sprzeczności z rozwiązaniami przyjętymi w systemach narodowych poszczególnych państw członkowskich.

Przed analizą polskiego stanu prawnego warto zarysować regulację przedmiotowej problematyki w innych systemach prawnych, zwłaszcza z uwagi na fakt, iż mogą one stanowić przykład proponowanych rozwiązań dla ustawodawcy polskiego.

³ Dz. Urz. WE L 158 z 23 czerwca 1990 r.

⁴ Por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH and Co*, wyrok z 12 marca 2002 r., C-168/00, Zb. Orz. 2002, s. I-2631.

2. Rozwiązania przyjęte w ustawodawstwach europejskich

2.1. Prawo romańskie

W prawie francuskim bardzo szeroko dopuszczalne jest kompensowanie krzywdy – zarówno w ramach odpowiedzialności deliktowej jak i kontraktowej. Według poglądu powszechnie prezentowanego w doktrynie i orzecznictwie, pozamajątkowy interes poszkodowanego nie powinien stanowić bariery dla kompensacji pomimo trudności dowodowych oraz trudności w oszacowaniu poniesionej szkody. Zasadniczo zatem w prawie francuskim te same zasady regulują naprawienie szkody niemajątkowej w reżimie odpowiedzialności kontraktowej jak i deliktowej. Orzecznictwo w tym przedmiocie jest niezmiernie bogate – w ramach tematyki objętej zakresem artykułu warto wskazać na liczne orzeczenia, które przyznają zadośćuczynienie w przypadku szkody niemajątkowej polegającej na „zawodzie”, czy „rozczarowaniu”, wynikającym z „oczekiwania” wytworzonego przez kontrahenta⁵. Jednakże przy tak szerokiej przesłance dochodzenia odpowiedzialności istnieje duże ryzyko zgłaszania licznych roszczeń klientów, którzy domagają się zadośćuczynienia za szkodę wyrządzoną przez organizatora turystyki, polegającą na różnicy między realiami świadczenia a wyobrażeniem, jakie powstało po stronie klienta na podstawie katalogów i innych informacji (zapewnień) organizatora turystyki. Na stosowaną przez sądy francuskie szeroką wykładnię pozwala art. 1382 francuskiego k.c., którego brzmienie zachowane zostało w projekcie prawa zobowiązań autorstwa P. Catala⁶.

Pozostałe ustawodawstwa romańskie, przykładowo ustawodawstwo belgijskie, hiszpańskie i portugalskie, podobnie szeroko zakreślają odpowiedzialność za szkodę niemajątkową, przy czym zasadniczo zadośćuczynienie jest zasądzone w przypadku zaistnienia uszkodzenia ciała czy spowodowania rozstroju zdrowia na skutek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy przez organizatora turystyki⁷.

2.2. Systemy germańskie

W prawie niemieckim odpowiedzialność za szkodę niemajątkową na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy przez organizatora podróży jest uznawana w stosunkowo wąskim zakresie - tylko wtedy, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie zobowiązania narusza konkretnie określone dobro osobiste lub zadośćuczynienie za krzywdę jest jedynym środkiem rekompensaty za skutki istotnego naruszenia bardziej ogólnie określonego dobra osobistego⁸. Nie ma zatem podstawy prawnej, która pozwalałaby - jak podnosi R. Trzaskowski – „żądać za-

⁵ „Prejudice de deception dans la situation para-contractuelle”.

⁶ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za zmarnowany urlop podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 74 wraz z omówionym tam orzecznictwem oraz M. Safjan, *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków 2004, s. 357. Projekt nowelizacji francuskiego kodeksu cywilnego w zakresie prawa zobowiązań znajduje się na stronie: <http://www.henricapitant.org/>.

⁷ M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 364.

⁸ R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, PS 2006, nr 5, s. 22.

dośćuczynienia w przypadku zawiedzionych oczekiwań związanych z niewykonaniem/nienależytem wykonaniem zobowiązania”⁹. W 2002 r. wprowadzono do niemieckiego kodeksu cywilnego (cyt dalej jako: BGB¹⁰) §253 ust. 2. Dopuszcza on zasądzenie zadośćuczynienia nie tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej, ale i w ramach odpowiedzialności kontraktowej. Zauważyć należy, iż przedmiotowy paragraf usytuowany jest w części ogólnej zobowiązań. Natomiast zadośćuczynienie winno wiązać się ze szkodą na osobie. Dodatkowo wskazać należy na §651f BGB, który daje możliwość klientowi biura podróży (konsumentowi) dochodzenia odszkodowania za nieudany urlop, jeśli z poważnych powodów leżących po stronie organizatora podróży doszło do nienależytego wykonania zobowiązania.

Analogiczne rozwiązanie przyjęte zostało w prawie szwajcarskim. Zadośćuczynienie za szkodę na osobie jest tam rozumiane jednak wężiej – obejmuje tylko dwa pierwsze przypadki (art. 47 ust. 1 oraz art. 99 ust. 3 szwajcarskiego prawa zobowiązań¹¹). Dopuszczalność zadośćuczynienia za zmarnowany urlop przyjmuje również orzecznictwo niemieckie – opierając się na art. 651f ust. 1 BGB – założeniem jest, iż organizator poprzez naruszenie umowy doprowadził do udaremnienia/istotnego pogorszenia podróży.

Warto wskazać, iż w austriackim kodeksie cywilnym §1325 ABGB [niem. das Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch] dopuszcza przyznanie zadośćuczynienia zarówno w przypadku odpowiedzialności deliktowej jak i kontraktowej – aczkolwiek tylko w przypadku pewnego rodzaju krzywd – takich jak cierpienie czy ból.

2.3. *Common law*

W prawie angielskim zadośćuczynienie związane jest przede wszystkim ze szkodą niemajątkową w postaci cierpienia wynikłego z uszkodzenia ciała. Zasadniczo prawo angielskie nie przewiduje zadośćuczynienia za szkodę moralną/cierpienia psychiczne w ramach odpowiedzialności kontraktowej, chyba że celem umowy było dostarczenie satysfakcji psychicznej, ewentualnie kiedy cierpienie psychiczne jest następstwem fizycznej niewygody¹². Podobnie naruszenie umowy (*breach of contract*) nie daje podstaw sędziemu do zasądzenia zadośćuczynienia za szkodę majątkową z wyjątkiem sytuacji, gdy chodzi o szkodę w postaci niepokoju, dyskomfortu, niedogodności itp., które turysta odczuwa podczas realizacji imprezy turystycznej w której uczestniczy, a której nie powinien był odczuwać z uwagi na przeciwny jej cel. Wskazać przy tym należy, iż roszczenie o zadośćuczynienie nie ma w *common law* odrębnego charakteru, bowiem naprawienie szkody niemajątkowej sędzia winien uwzględnić rozstrzygając o wymiarze szkody majątkowej, jaka winna zostać naprawiona¹³.

⁹ R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 22.

¹⁰ Tekst: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

¹¹ Ustawodawstwo szwajcarskie dostępne jest na stronie: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/index.html>.

¹² R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 23; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 359.

¹³ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 75.

3. Zagadnienia ogólne w zakresie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe

3.1. Aktualne źródła regulacji w zakresie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe

Podstawowym aktem prawnym dla polskiego prawa turystycznego jest ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych¹⁴ (cyt. dalej jako: u.u.t.). W zakresie tematyki niniejszego artykułu trudno doszukiwać się rozstrzygającej *explicite* regulacji zawartej w u.u.t. Zatem zasadniczo zastosowanie znajdzie art. 11 u.u.t., który zawiera ogólne odesłanie do ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (cyt. dalej jako: k.c.)¹⁵ w zakresie nią nie uregulowanym, choć oczywiście w oparciu o różnorodne próby wykładni przepisów ustawy budowane są poszczególne koncepcje w doktrynie – zarówno w oparciu o k.c. jak i w oparciu o przepisy u.u.t. Podkreślić należy, iż ustawa o usługach turystycznych statuuje zasadę odpowiedzialności kontraktowej organizatora turystyki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych (art. 11a u.u.t.). Zgodnie z brzmieniem przepisów u.u.t. organizator turystyki może uwolnić się od odpowiedzialności wykazując, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest skutkiem działania lub zaniechania klienta, działania lub zaniechania osób trzecich nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie (jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć) albo skutkiem siły wyższej¹⁶. Ponadto należy zauważyć, iż umowa o imprezę turystyczną jest umową mieszaną, konsensualną, dwustronnie zobowiązującą i odpłatną¹⁷. W konsekwencji – do umowy o imprezę turystyczną stosować należy art. 471 i n. k.c. w zakresie regulacji skutków nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązań oraz art. 487 i n. k.c. w zakresie regulacji dotyczących umów wzajemnych.

Brak odpowiedniej regulacji prawnej w zakresie odpowiedzialności organizatora turystyki za szkodę niemajątkową wywołaną niewykonaniem/nienależytym wykonaniem umowy rodzić może wiele problemów, ponieważ na Rzeczypospolitej Polskiej spoczywa obowiązek implementacji prawa unijnego. Jak już wskazano, w dyrektywie 90/314 ustawodawca europejski pośrednio – poprzez bardzo szerokie zakreślenie treści art. 5, przewidział podstawę dla dochodzenia odpowiedzialności organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną, mimo iż treść przedmiotowego artykułu *explicite* nie wskazuje, iż odpowiedzialność odszkodowawcza obejmuje również szkodę niemajątkową. Jednakże Europejski Trybunał Sprawiedliwości dokonując jego szczegółowej wykładni we wskazanym na wstępie orzeczeniu jednoznacznie

¹⁴ T. jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 223 poz. 2268 ze zm.

¹⁵ Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

¹⁶ Wyłączenie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w przypadkach wymienionych w ust. 1, nie zwalnia organizatora turystyki od obowiązku udzielenia w czasie trwania imprezy turystycznej pomocy poszkodowanemu klientowi.

¹⁷ M. Nesterowicz, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2004, s. 777 i n.

przesądził, iż „pojęcie szkody jest użyte w dyrektywie bez ograniczeń i nie jest możliwe restryktywne interpretowanie ogólnego pojęcia szkody przez wykluczenie szkody niemajątkowej”. Dyrektywa 90/314 statuuje pewien minimalny poziom ochrony, jaki swym klientom winien zapewnić organizator turystyki. Do systemu prawa polskiego dyrektywa 90/314 implementowana została mocą przepisów ustawy o usługach turystycznych. Problematycznym jednakże wciąż pozostaje, czy implementacja nastąpiła w pełnym zakresie, zwłaszcza w świetle przeczenia ETS w sprawie Simone Leitner.

3.2. Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę jako forma „odszkodowania”

Jak podnosi część przedstawicieli literatury przedmiotu¹⁸, wąska możliwość kompensacji uszczerbków o charakterze niemajątkowym w pewien sposób pozostaje w sprzeczności z generalną dyrektywą o pełnej kompensacji szkody w polskim prawie cywilnym. Jednakowoż nie zmienia to faktu, iż zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, od lat utrwalone jest stanowisko, według którego art. 361 §2 k.c. nie obejmuje swym zakresem szkody niemajątkowej, w konsekwencji nie ma zasady pełnego odszkodowania w tym zakresie – każdorazowo zatem konieczna jest wyrażona podstawa prawna dla zasądzenia zadośćuczynienia. Obecnie jest to pogląd dominujący, choć w swej treści zdecydowanie niekorzystny dla pełnej ochrony interesów klienta biura podróży. Ponadto podnosi się również, iż zadośćuczynienie związane jest z reżimem deliktowym, a nie kontraktowym. Do takich wniosków można dojść poprzez stosowanie wykładni systemowej art. 445 i 448 k.c., które umieszczone zostały przez ustawodawcę pośród regulacji dotyczącej odpowiedzialności deliktowej. Nie ma takiego odpowiednika pośród regulacji odpowiedzialności kontraktowej. Nie ma również ogólnego przepisu dotyczącego zadośćuczynienia wśród przepisów ogólnych o odpowiedzialności. Podobne wnioski pozwala wysunąć również wykładnia historyczna. Artykuł 242 kodeksu zobowiązań¹⁹ nadawał znacznie szerszy zakres instytucji zadośćuczynienia. Przepis ten usytuowany był pośród regulacji ogólnych, mógł więc znaleźć zastosowanie zarówno w odniesieniu do reżimu deliktowego jak i w drodze „odpowiedniego” zastosowania – do reżimu kontraktowego²⁰. *A contrario* stwierdzić należy, iż *de lege lata* zamysłem ustawodawcy było związanie zadośćuczynienia jako formy odszkodowania tylko i wyłącznie z reżimem deliktowym. Dodatkowo wskazać należy, iż kodeks cywilny nazwy „zadośćuczynienie” używa tylko w następujących artykułach kodeksu cywilnego: art. 445, 448 oraz 417², a pośrednio w art. 24 k.c. oraz art. 819 k.c. Zadośćuczynienie zwykle łączone jest z pojęciem krzywdy, czyli szkody niemajątkowej. W art. 445 k.c. na określenie szkody pojawia się pojęcie krzywdy. Z kolei pojęcie szkody stosowane w kodeksie cywil-

¹⁸ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za...*, s. 32 i n.; M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 361 i n.; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 356.

¹⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. (Dz. U. z 1933 r., Nr 82 poz. 598 ze zm.). Według jego art. 242 „Odszkodowanie określa się według postanowień umowy lub szczególnych przepisów ustawy; w braku tychże stosuje się odpowiednio przepisy o naprawieniu szkody, wyrządzonej czynem niedozwolonym”.

²⁰ Por. szerzej R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za...*, s. 24 i n.

nym i innych aktach prawnych obejmuje nie tylko szkodę majątkową, ale i szkodę niemajątkową – jest zatem pojęciem szerszym.

W doktrynie rozpatrywana jest możliwość dochodzenia odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w ramach reżimu odpowiedzialności *ex contractu*. Ponadto pojawia się pytanie o zakres takiej odpowiedzialności, jeśli w ogóle ją dopuszczać. Argumentem podstawowym wysuwany w literaturze²¹ jest niezasadne różnicowanie reżimów odpowiedzialności *ex contractu* i *ex delicto*, które szerzej rysują ochronę poszkodowanego w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej niż w ramach odszkodowania kontraktowego za niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy. Jednakże, nawet jeśli doktryna dopuszcza dochodzenie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności *ex contractu* – na gruncie aktualnego stanu prawnego zawsze będzie musiała być ona realizowana w związku z naruszeniem konkretnego dobra osobistego – odpowiednie zastosowanie znalazłyby zatem art. 445 i 448 k.c.²². Jednocześnie konstruowane są różnorodne modele wykładni przepisów dotyczących odpowiedzialności kontraktowej, które pozwalają zasądzić zadośćuczynienie za krzywdę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez organizatora turystyki.

4. Cechy odpowiedzialności powstałej na skutek niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną

4.1. Charakter, przesłanki, rodzaj oraz zasady odpowiedzialności

Klient może oczywiście jednocześnie dochodzić naprawienia wyrządzonej mu przez biuro podróży szkody na gruncie odpowiedzialności kontraktowej oraz deliktowej – jeśli działania organizatora turystyki noszą znamiona deliktu i pozwalają na domaganie się zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę. Prawo polskie dopuszcza jednocześnie dochodzenie odszkodowania z tych dwóch podstaw w razie zbiegu odpowiedzialności na podstawie art. 443 k.c.²³. Jednakże postuluje się w literaturze również zawężenie art. 443 k.c. dotyczącego zbiegu roszczeń tylko i wyłącznie do szkody majątkowej – bo tylko w taki sposób uniknie się „mieszanego” charakteru roszczenia – kontraktowego w zakresie szkody majątkowej i deliktowego w zakresie szkody niemajątkowej – o czym mowa niżej.

Przesłankami odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania/nienależytego wykonania umowy są: zaistnienie szkody po stronie klienta (osoby bliskiej poszkodowanej na skutek śmierci klienta), niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy przez organizatora podróży oraz związek przyczynowy pomiędzy tymi dwoma przesłankami. Normalny związek przyczynowy pomiędzy szkodą i nienależytym/niewykonaniem umowy limituje zakres odpowiedzialności organizatora turystyki. Artykuł 11a u.u.t. statuuje „obiektywną” odpowiedzialność organizatora turystyki, niezależną od jego winy, z enumeratywnie wskazanymi przesłankami egzoneracyjnymi, na które organizator może się powołać celem wyłączenia swej od-

²¹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 362; M. Safjan, *Naprawienie krzywdy...*, s. 266.

²² M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 372.

²³ Por. E. Łętowska, *Zbieg norm w prawie cywilnym*, Warszawa 2002, s. 94.

powiedzialności. Natomiast to klienta biura podróży obciąża ciężar udowodnienia szkody, jej wysokości oraz normalnego związku przyczynowego (art. 361 k.c.). Przesłanki odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną są więc zaostrzone w stosunku do ogólnych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej według art. 471 i n. k.c.

4.2. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną

Jak słusznie wskazuje M. Nesterowicz, najważniejszym świadczeniem ze strony biura podróży jest realizacja ustalonego programu wycieczki, na które składa się realizacja szeregu poszczególnych zobowiązań (rezerwacje, przewóz, obsługa pilota itp.)²⁴.

Zatem na czym polega niewykonanie czy też nienależyte wykonanie przez organizatora imprezy turystycznej umowy? Licznych przykładów dostarcza praktyka – przewóz środkiem transportu o niższym standardzie niż oferowany, suchy prowiant zamiast ciepłego posiłku, posiłek serwowany w miejsce bufetu, pokój z widokiem na podwórko zamiast z widokiem na morze, remont klimatyzacji, podczas gdy klient zapłacił za klimatyzację w standardzie, niewłaściwa organizacja wycieczki, przez co podróżni spóźnili się na daną imprezę lub jej w ogóle nie zobaczyli, 200 m od morza licząc „na przestrzał”, podczas gdy rzeczywista droga dojścia do morza to około 1 km itp. – przykłady można mnożyć. Oczywistym jest, iż szkoda powstała na skutek powyższych przykładów ma wymierny charakter majątkowy, z drugiej jednak strony często powoduje jednocześnie zmęczenie, rozczarowanie itp. po stronie klienta, co nosi ewidentne znamiona szkody niemajątkowej. Istotnym jest, że klient spędził urlop nie tak, jak sobie wyobrażał, głównie na tym polega jego krzywda.

4.3. Szkoda majątkowa czy niemajątkowa?

Znaczne trudności na gruncie umowy o imprezę turystyczną stwarza ustalenie wysokości szkody. Zgodnie z ogólną regułą prawa cywilnego szkoda obejmuje poniesione straty (*damnum emergens*), które w umowie o imprezę turystyczną występują w postaci ceny wycieczki, nakładów, różnorodnych wydatków oraz rzadziej – utracone korzyści (*lucrum cessans*). Wyróżnia się również szkodę na osobie oraz szkodę na mieniu. Zasadniczo na gruncie umowy o imprezę turystyczną przez szkodę należy w szczególności rozumieć nieotrzymanie niektórych świadczeń bądź otrzymanie świadczeń niższej jakości²⁵. W doktrynie podnosi się, iż nie jest łatwo ustalić wysokość szkody, przykładowo nie stanowi miernika wysokości szkody cena biletu za wstęp do nie zwiedzonego przez turystów obiektu (o tyle były niższe koszty biura podróży) – choć są i takie poglądy, aby w ten sposób stricte „majątkowy” przede wszystkim dążyć do określenia wysokości szkody. Z kolei klienci częstokroć domagają się zwrotu całej zapłaconej ceny wycieczki, bowiem podkreślają, iż na skutek nienależytej realizacji obowiązków organizatora turystyki cała impreza utraciła dla nich jakąkolwiek wartość. Również i to stanowisko – mimo że częściowo zasadne –

²⁴ M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 778-779.

²⁵ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Bydgoszcz 2003, s. 56.

nie stanowi idealnego rozwiązania dla ustalenia wysokości poniesionej przez klienta szkody. Rozmiarem szkody jest raczej stosunek waloru utraconej części świadczenia do waloru całego świadczenia - co oczywiście rodzi problemy w należyтым ustaleniu wysokości szkody²⁶. Nie wypracowano dotąd ani w praktyce orzeczniczej, ani w praktyce rozpatrywania reklamacji przez organizatorów turystyki, jednolitych zasad w zakresie przyznawania odszkodowanie oraz ustalania jego wysokości. Zasadniczo jednak orzecznictwo w zakresie ustalania wysokości szkody, jej miarkowania, oddaje teza orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 czerwca 2005 r.²⁷: „jeżeli ustalenie konkretnej wartości wadliwych dóbr i usług nie jest możliwe, właściwym sposobem wyliczenia szkody będzie stosunek waloru tej części świadczeń do całości przy uwzględnieniu skutków jakie niewłaściwe wykonanie umowy wywołało w sytuacji majątkowej i życiowej uprawnionych”. Pewnym praktycznym ułatwieniem jest „tabela frankfurcka” przyjęta przez Izbę Cywilną LG Frankfurt²⁸, aczkolwiek jest to rozwiązanie prawa niemieckiego, które nie zostało adaptowane na grunt prawa polskiego, stosowane jest jednakże w praktyce polskich biur podróży. Nie zmienia to jednak faktu, iż powoływać się na nią można tylko posiłkowo, nie wiąże ona bowiem polskich sądów orzekających w sprawach odszkodowania. Analizując szkodę zaistniałą po stronie klienta na skutek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną pojawia się wątpliwość, co należy kwalifikować do pojęcia szkody – czy szkodę o charakterze majątkowym czy też również uszczerbek o charakterze niemajątkowym. Nie ma bowiem jednolitej definicji czy to ustawowej, czy też doktrynalnej bądź wypracowanej przez orzecznictwo w zakresie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży (utracony wypoczynek, zmarnowany urlop, utracona przyjemność z urlopu). Oczywiście pozostaje, iż w przypadku dochodzenia przez klienta biura podróży naprawienia wyrządzonej mu szkody, w pierwszym rzędzie pojawi się szkoda o charakterze majątkowym. Pod tym pojęciem należy rozumieć konkretny uszczerbek w sferze majątkowej klienta. Jednocześnie jednak coraz częściej klienci obok szkody majątkowej wykazują po swej stronie krzywdę o charakterze niemajątkowym, twierdząc, iż na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy przez organizatora turystyki zmarnowany został ich urlop, czyli ich wolny czas, na który z ogromnym utęsknieniem czekali cały rok, przez co stali się mniej wydajni w pracy, osiągnęli mniejsze efekty, nie wypoczęli w należyty oczekiwany sposób itd.

Podmiotem dóbr, w sferze których wystąpić winna szkoda jest klient biura podróży. Jest to ujęcie szersze wobec poglądu prezentowanego przez M. Nesterowicza, który wskazuje tylko na uczestnika wycieczki lub osoby mu bliskie²⁹. Jednakże wypada stwierdzić, iż potencjalnie szkoda o charakterze niemajątkowym może zaistnieć jeszcze zanim klient biura podróży stanie się uczestnikiem wycieczki, opowiadając się tym samym za szerokim zakreślaniem kręgu uczestników imprezy turystycznej³⁰.

²⁶ M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 780.

²⁷ I ACa 941/2004, LexPolonica nr 379684.

²⁸ E. H. Kwaśniewska, *Umowa o podróż w prawie niemieckim*, Toruń 2002, s. 28 i n.

²⁹ Por. M. Nesterowicz, *System prawa...*, s. 779.

³⁰ Podobnie P. Cybula, *Umowa o imprezę turystyczną w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2007, niepubl. rozprawa doktorska, s. 301.

Szkoda może być szkodą na osobie, uszkodzeniem ciała, rozstrojem zdrowia czy też szkodą na mieniu turysty. Ta ostatnia jest chyba najłatwiejsza do „oszacowania”. Z kolei szkoda na skutek pogorszenia jakości pobytu rodzi już większe trudności w zakresie jej „wycenienia”. W doktrynie prezentowany jest pogląd, iż szkoda niemajątkowa polega głównie na zmarnowaniu wolnego czasu, co jest już możliwe do wymiernego ustalenia³¹. Większość przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, iż szkoda powinna być pojęciem szeroko definiowanym – jako szkoda o charakterze majątkowym i niemajątkowym³². Szkoda niemajątkowa zwykle definiowana jest w sposób negatywny – jako uszczerbek o takim charakterze, który nie znajduje odzwierciedlenia w majątku pokrzywdzonego. Zatem nie jest to szkoda „mierzalna” w pieniądzu, w konsekwencji zadośćuczynienie jest ocenne w zakresie swej wysokości. Oczywiście pozostaje, iż zwykle jedno zdarzenie – przykładowo nienależyte wykonanie umowy przez biuro podróży – rodzić może powstanie nie tylko szkody o charakterze majątkowym, ale i niemajątkowym. Zasadniczo jednakże doktryna klasyfikuje w kategoriach szkody niemajątkowej odpowiedzialność za utracony wypoczynek czy też zmniejszoną atrakcyjność wycieczki podnosząc brak zmiany w majątku poszkodowanego (trudno jednoznacznie wskazać, na czym polega szkoda majątkowa oraz jaka jest jej wysokość) oraz szkodę polegającą na braku korelacji między oczekiwaniami klienta a zaoferowanym świadczeniem³³. Istotnym jest także wykazanie na czym polega szkoda w przypadku zmarnowanego urlopu – stracony czas da się przeliczyć na pieniądze – rozczarowanie, zmęczenie już nie. Wysuwane są poglądy, by szkodę za zmarnowany urlop rozpatrywać w kategorii szkody majątkowej, w ramach której uwzględnić należy także utratę przyjemności i określić, jaką część całego świadczenia ona stanowiła. Często utracona przyjemność z odbytej podróży kwalifikowana jest jako szkoda majątkowa, głównie z uwagi na fakt, iż jej dochodzenie jest łatwiejsze, a i wymiar bardziej oczywisty do ustalenia. Na takim stanowisku stoi część doktryny argumentując, iż umowa o podróż ma charakter pakietowy, zatem brak realizacji części świadczeń wchodzących w skład pakietu ma konkretną wartość majątkową i stanowi aktyw w majątku klienta. Pogląd ten jest krytykowany³⁴ z uwagi na fakt, iż nie sposób „wycenić” krzywdy uwzględniając tylko i wyłącznie poszczególne niezrealizowane świadczenia. Zwłaszcza, iż sama podróż ma pewną globalną wartość, której nie można rozbijać na odrębne świadczenia. Oczywiście warunkiem *sine qua non* takiej odpowiedzialności jest nienależyte wykonanie lub brak wykonania umowy przez biuro podróży.

4.4. Odpowiedzialność organizatora turystyki za szkody niemajątkowe powstałe na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną

Z uwagi na fakt, iż zadośćuczynienie pieniężne może być przyznane w prawie polskim tylko w wypadkach, w których ustawodawca wyraźnie to przewidział, a za-

³¹ Por. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 309.

³² Por. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 312.

³³ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 364 i n.

³⁴ Por. M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 364 i n.

równy w ustawie o usługach turystycznych jak i w kodeksie cywilnym nie ma takiego przepisu – doktryna próbuje się w drodze wykładni wyprowadzić wniosek dopuszczający zasądzenie zadośćuczynienia pieniężnego także w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną bądź przez założenie, iż zmarnowany urlop daje podstawę do wysuwania roszczenia o odszkodowanie za zaistniałą szkodę majątkową, bądź przez odpowiednią interpretację art. 471 k.c., art. 11a u.u.t., art. 16a u.u.t. lub też art. 448 k.c.

4.5. Odpowiedzialność deliktowa, kontraktowa czy deliktowo - kontraktowa?

Fundamentalne znaczenie ma ustalenie czy roszczenie o zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową ma charakter majątkowy, niemajątkowy czy też – jak chcą niektórzy przedstawiciele doktryny³⁵ – charakter mieszany. Należy podkreślić, iż w literaturze i orzecznictwie panuje rozbieżność w przedmiotowej kwestii. W orzeczeniu SN z dnia 28 marca 1968 r.³⁶, sąd przyjął koncepcję roszczenia mieszanego, deliktowo-kontraktowego. W konsekwencji to z odpowiedzialności kontraktowej wywodzi się obowiązek naprawienia szkody, natomiast już zakres tego obowiązku – z odpowiedzialności deliktowej. Koncepcja ta jest jednakże krytykowana w literaturze³⁷ z uwagi na fakt, iż w k.c. nie ma odpowiednika poprzedniego art. 242 kodeksu zobowiązań, a ponadto art. 445 i 448 k.c. zostały zawarte w części kodeksu poświęconej deliktom – zatem możliwość dochodzenia naprawienia krzywdy w ramach odpowiedzialności kontraktowej nie występuje. Podobne stanowisko zajął SN w 1986 r., przy czym dodał, iż dochodzenie zadośćuczynienia jest możliwe w ramach odpowiedzialności kontaktowej tylko w przypadku, gdy umowa zawierała klauzulę, że organizator podróży pokrywa szkodę wynikłą z uszkodzenia ciała czy rozstroju zdrowia niezależnie od tego czy jest to szkodą majątkową czy niemajątkową³⁸. Oczywiście dopuszczalny jest zbieg odpowiedzialności i możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową w oparciu o art. 445 i 448 k.c., ale w takim przypadku działanie organizatora turystyki stanowiące niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy musi jednocześnie wyczerpywać znamiona deliktu – zatem winno naruszać powszechnie obowiązujące nakazy/zakazy wynikające z norm prawa czy też z zasad współżycia społecznego³⁹. Orzecznictwo dopuszcza też, iż niewykonanie/nienależyte wykonanie zobowiązania kontraktowego może naruszać zasady współżycia społecznego i stanowić czyn niedozwolony⁴⁰. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, iż przy takim założeniu dochodzi do zatarcia różnicy pomiędzy normami *inter partes* oraz normami o charakterze powszechnie obowiązującym – bo tylko daleka zbieżność pomiędzy nimi pozwoli stosować do

³⁵ Por. M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (Uwagi de lege ferenda o stosowaniu prawa)*, PiP 1999, z. 1, s. 22-23.

³⁶ I CR 64/68, PUG 1969, nr 4, s. 137

³⁷ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę ...*, s. 25.

³⁸ Uchwała SN z 25 lutego 1986 r., III CZP 2/86, OSNCP 1987, nr 1, poz. 10.

³⁹ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 24 i n. wraz ze wskazanym tam orzecznictwem.

⁴⁰ Wyrok SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, OSP 2006, nr 2, poz. 20.

tego samego stanu faktycznego jednocześnie dwa różne reżimy odpowiedzialności⁴¹. Koncepcja roszczenia mieszanego jest stosunkowo szeroko krytykowana – postulat wyraźnego oddzielenia reżimu deliktowego i kontraktowego uzasadnia się obawą przed zalewem roszczeń odszkodowawczych, wzrostem cen świadczeń organizatorów turystyki oraz chaosem. Dodatkowo podkreśla się fakt, iż strony mogą rozszerzyć zakres świadczeń i odpowiedzialność organizatora turystyki w umowie – poprzez odpowiednie postanowienia – przykładowo poprzez zastrzeżenie kar umownych.

Według stanowiska M. Nesterowicza roszczenie o zadośćuczynienie ma zawsze charakter kontraktowy – ponieważ powstaje ono w razie niewykonania/nienależytego wykonania umowy i to jest czynnik przesądający o reżimie odpowiedzialności. W konsekwencji odpowiedzialność ta oparta jest na zasadzie ryzyka, organizator turystyki może wyłączyć swą odpowiedzialność wykazując, iż niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy jest spowodowane wyłącznie działaniem lub zaniechaniem klienta, działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonywaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć lub też z uwagi na niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy spowodowane siłą wyższą, bowiem art. 11a u.u.t. jest znacznie bardziej uszczegółowiony niż brzmienie art. 471 k.c. W świetle tej koncepcji trudno jednak wskazać podstawę prawną dla roszczenia o zadośćuczynienie. Wskazany autor zakłada, iż podstawą dla zasądzenia zadośćuczynienia za zmarowany urlop jest art. 471 k.c. w braku odpowiedniej podstawy szczególnej w k.c. i w u.u.t.⁴². Taką też podstawę przyjmuje orzecznictwo, aczkolwiek doktryna pragnie pozostać na stanowisku, które oddziela wyraźnie reżim deliktowy od kontraktowego i zasądzać zadośćuczynienie w ramach zbiegu reżimów odpowiedzialności na podstawie art. 443 k.c.⁴³. Obowiązek naprawienia szkody (majątkowej jak i niemajątkowej) nakłada na Rzeczypospolitą Polską prawo unijne, tymczasem regulacja szczególna *explicite* stanowiąca podstawę prawną dla zasądzenia odszkodowania nie istnieje, co nie znaczy, iż szkoda niemajątkowa może zostać bez odszkodowania. Celem dochodzenia zadośćuczynienia w oparciu o art. 471 k.c. strony mogą również zawrzeć odpowiednią klauzulę w umowie, zgodnie z którą organizator turystyki zobowiąże się do naprawienia szkody niemajątkowej wyrządzonej klientowi na skutek braku realizacji czy też nienależytej realizacji umowy. Jednak takie rozwiązanie pozostaje w praktyce działaniem organizatorów turystyki iluzoryczne z uwagi na fakt, iż umowy o imprezę turystyczną mają charakter adhezyjny i klient nie ma żadnych szans negocjacyjnych. Zwolennicy poglądu dopuszczającego dochodzenie zadośćuczynienia za krzywdę w oparciu o art. 471 k.c. podnoszą, iż w swej treści art. 471 k.c. nie wskazuje o jakiego rodzaju szkodę chodzi. Pozwala to zatem na interpretację, iż art. 471 k.c. obejmuje swym zakresem zarówno szkodę majątkową jak i niemajątkową. Dodatkowo wskazuje się na konieczność „proeuropejskiej” wykładni polskich przepisów. Z drugiej jednak strony literatura wydaje się zasadnie wskazywać, że taka

⁴¹ Por. R. Trzaskowski, *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, s. 33.

⁴² M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 77. Tak też orzecznictwo – por. orzeczenie SN z 6 kwietnia 1977 r., IV CR 90/77, OSPiKA 1978, nr 11, poz. 200.

⁴³ Z. Masłowski, *Glosa do wyroku SN z 6 IV 1977 r., IV CR 90/77*, OSPiKA 1978, z. 11, s. 497.

interpretacja byłaby niekonsekwentna, bowiem ten sam przepis raz pozwalałby na dochodzenie zadośćuczynienia (tylko w przypadku umowy o podróż), a w pozostałych przypadkach już nie. W doktrynie zasadniczo jednakże obowiązuje przeciwstawne stanowisko, zgodnie którym art. 471 k.c. nie stanowi podstawy dla dochodzenia zadośćuczynienia⁴⁴.

Stąd próby analogicznej wykładni art. 11a u.u.t., który w swym brzmieniu jest zbliżony do art. 471 k.c. i również nie definiuje w swej treści o jakiego rodzaju szkodę chodzi – majątkową czy niemajątkową. Zatem dopuszczalna byłaby taka wykładnia tegoż przepisu, jaką powyżej zastosowano wobec art. 471 k.c.⁴⁵. Jednak zdecydowanie stwierdzić należy, iż i takie rozwiązania byłoby sprzeczne z k.c. Równie karkołomnym zabiegiem jest podobna wykładnia art. 16a u.u.t., z uwagi na fakt, iż przepis ten ma znacznie węższy zakres – mówi tylko o niewykonaniu umowy, nie o jego nienależyтым wykonaniu, a dodatkowo wyraźnie przepis ten dotyczy odstąpienia przez klienta od umowy i dopiero w takiej sytuacji powstaje możliwość dochodzenia roszczenia statuowanego tym przepisem.

Najbardziej uprawnioną na gruncie polskiego systemu prawa wydaje się konstrukcja roszczenia o charakterze deliktowym, opartym na art. 448 k.c. Jednakże zakłada ona, iż zmarnowany urlop stanowi jednocześnie naruszenie dobra osobistego klienta biura podróży. Oczywistym pozostaje, iż prawo polskie przyjmuje szeroką wykładnię katalogu dóbr osobistych, brak enumeracji pozwala na elastyczne konstruowanie nowych dóbr osobistych podlegających ochronie. Dodatkowo w literaturze pojawiają się poglądy, by wyłączyć ochronę dóbr osobistych z reżimu deliktowego, co pozwoli na ich szerszą ochronę, niezależnie od faktu czy do naruszenia dobra osobistego doszło na skutek deliktu czy też niewykonania umowy. Z drugiej jednak strony podkreślić należy fakt, iż koncepcja dochodzenia odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej za szkodę niemajątkową w oparciu o art. 448 k.c. zdecydowanie ogranicza odpowiedzialność organizatora za osoby trzecie, co na gruncie art. 471 k.c. dopuszcza art. 474 k.c. Ochrona dóbr osobistych w reżimie odpowiedzialności kontraktowej byłaby znacznie szersza. Aktualnie jednak sądy zasądzając zadośćuczynienie jako podstawę rozstrzygnięcia wskazują naruszenie konkretnego dobra osobistego na skutek bezprawnego działania organizatora turystyki, które jest również – na potrzeby zasądzenia odszkodowania za szkodę majątkową – niewykonaniem/nienależyтым wykonaniem umowy. Nie jest to rozwiązanie „czyste” jurystycznie, budzi wiele wątpliwości w praktyce orzeczniczej, powodując nieprzewidywalność rozstrzygnięć dokonywanych przez sąd i ogólną niepewność prawną, co znacznie pogarsza sytuację klienta, który jest konsumentem, zatem stroną słabszą w relacji z biurem podróży. Katalog dóbr osobistych, na które wskazuje praktyka orzecznicza w analizowanych wypadkach jest szeroki i niejednorodny. Przykładowo jako rodzaj naruszonego dobra osobistego klienta w przypadku niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną wskazać można ciszę,

⁴⁴ G. Bieniek, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 585 i n.

⁴⁵ Por. J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, s. 336.

spokój psychiczny, prawo do przebywania w nieskażonym środowisku naturalnym⁴⁶ itp.

Jednakże podkreślić należy, iż zasadniczo w orzecznictwie dochodzi do oddalania tego typu powództw, sądy bowiem stwierdzają, iż nie znajdują dla nich podstawy prawnej⁴⁷. Podstawowym źródłem odpowiedzialności jest bowiem sama umowa o podróż – zatem chodzi o odpowiedzialność o charakterze kontraktowym. Natomiast jeśli jednocześnie naruszenie umowy stanowi delikt, bowiem narusza normy o ogólnym charakterze – jest to odpowiedzialność deliktowa, natomiast są to dwa rozłączne reżimy odpowiedzialności, co utrudnia dowodowo klientowi biura podróży dochodzenie swych praw. Oparcie roszczenia o zadośćuczynienie na konstrukcji deliktowej nie stanowi idealnego rozwiązania, ponieważ organizator turystyki może się zwolnić od odpowiedzialności poprzez art. 429 k.c. czyli wykazując brak winy w wyborze, co nie jest łatwe w ramach odpowiedzialności kontraktowej z uwagi na brzmienie art. 474 k.c., zatem możliwość dochodzenia zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności kontraktowej miałoby duże znaczenie dla poszkodowanego. Przy reżimie deliktowym klient częstokroć (przy skutecznym powołaniu się przez organizatora turystyki na art. 429 k.c.) zobligowany jest dochodzić zadośćuczynienia od podwykonawców zagranicznych, co nastręcza duże trudności nie tylko o charakterze dowodowym. Stąd koncepcja roszczenia mieszanego – o charakterze kontraktowo-deliktowym – wydaje się sensowniejszym rozwiązaniem z uwagi na potrzebę ochrony klienta przy braku koniecznych rozwiązań normatywnych w polskim prawie turystycznym⁴⁸. Roszczenie mieszane w najbardziej optymalnej dla klienta wersji ma zasadniczo charakter kontraktowy, natomiast zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę ma charakter deliktowy, jednakże z wyłączeniem zastosowania art. 429 k.c. Koncepcja ta jest pozytywnie oceniana przez część doktryny, jednakże bardziej zasadnym wydaje się być pogląd przeciwny, zgodnie z którym konstrukcja roszczenia mieszanego ma charakter *contra legem*⁴⁹. Słusznie wskazuje się również, iż dopuszczenie takiego rozwiązania godzi w pewność obrotu.

Z kolei część doktryny, np. E. Łętowska⁵⁰, wskazuje art. 322 k.p.c. jako instrument, który stwarza sędziemu możliwość zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę według swojego uznania w oparciu o rozważenie wszystkich okoliczności sprawy w sytuacji, gdy ścisłe udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione. Można przyjąć, iż jest to swoiste „zryczałtowane odszkodowanie”, którego wysokość ustosunkowana jest do okoliczności sprawy.

5. Zakończenie – uwagi *de lege ferenda*

Wszystkie projekty europejskiego kodeksu cywilnego w części poświęconej odpowiedzialności kontraktowej wprost wskazują, iż wyrządzony *ex contractu* uszczer-

⁴⁶ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 372.

⁴⁷ Por. orzeczenie SN z 11 listopada 1967 r., XC 2687/67; wyrok SN z 6 kwietnia 1977 r., IV CR 90/77, OSPiKA 1978, nr 11 poz. 200, uchwała SN z 25 lutego 1986 r., CZP 2/86, OSNC 1987, z. 1, poz. 10.

⁴⁸ Tak SN w wyroku z 28 marca 1968 r., I CR 64/68, PUG 1969, nr 4, s. 137.

⁴⁹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, s. 361.

⁵⁰ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 404.

bek winien obejmować również naprawienia szkody niemajątkowej. Mając m.in. to na uwadze, M. Safjan postuluje zmianę kodeksu cywilnego w przedmiotowym zakresie, co miałyby znacznie szerszy wymiar niż zakres niniejszego artykułu, skupiającego się tylko na dopuszczalności zasądzenia zadośćuczynienia za szkodę wyrządzoną na skutek niewykonania/nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną. Oczywiście możliwe są dwa rozwiązania – wyciągnięcie regulacji szkody niemajątkowej z reżimu odpowiedzialności deliktowej i zapisanie ich w ogólnych postanowieniach k.c. dotyczących odpowiedzialności i naprawienia szkody, bądź dodanie odpowiednika art. 445 i 448 k.c. do części poświęconej odpowiedzialności kontraktowej. Jest to zdecydowanie propozycja, która winna zostać oceniona pozytywnie z uwagi na fakt, iż zapewnia spójną konstrukcję zadośćuczynienia *ex contractu* – nie tylko na potrzeby umowy o imprezę turystyczną. Oczywiście postulowane jest także jednoczesne określenie „rozsądnych” granic dla tego typu odpowiedzialności – np. tylko w ramach niewykonania/nienależytego wykonania umowy na skutek winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, celem uniknięcia nadużywania tej konstrukcji i zalewu sądów polskich bezzasadnymi powództwami. Warty uwagi jest również zamieszczenie w u.u.t. przepisu, którego treść stanowiłaby *explicite* podstawę dla dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie. W ten sposób ustawodawca polski dokonałby implementacji prawa unijnego bez mimo wszystko trudnych do przewidzenia konsekwencji nowelizacji przepisów kodeksu cywilnego w przedmiocie zadośćuczynienia. Jednak nie sposób równocześnie nie zauważyć, iż taki zabieg w pewnym sensie byłby niezgodny z ogólną kodeksową regulacją zadośćuczynienia i zakresu dopuszczalnego odszkodowania w ramach reżimu *ex contractu*. W każdym jednak razie stwierdzić należy zdecydowanie, iż obecny stan prawny wymaga nowelizacji, bowiem nie daje podstaw do skutecznej ochrony klienta biura podróży w takim zakresie, jak tego wymaga dyrektywa 90/314. Brak wyraźnej podstawy zasądzenia zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową wyrządzoną klientowi przez organizatora turystyki powoduje duże rozbieżności w orzecznictwie z przewagą orzeczeń oddalających powództwa o zasądzenie zadośćuczynienia z uwagi na brak podstaw w prawie polskim dla zasądzenia zadośćuczynienia *ex contractu*. Orzekanie w oparciu o konstrukcję dóbr osobistych w analizowanym przypadku potęguje niejednorodność orzecznictwa, co skutkuje nieprzewidywalnością, a w konsekwencji czyni iluzoryczną ochronę klienta biura podróży, co grozi odpowiedzialnością odszkodowawczą Rzeczypospolitej Polski za naruszenie prawa wspólnotowego. Przykładowo celem unaocznienia rozbieżności w orzecznictwie wskazać można wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 czerwca 2005 r.⁵¹, gdzie sąd oddalił powództwo o zadośćuczynienie oraz niedawno wydany wyrok również tego sądu⁵² stwierdzający, że „prawo do czerpania pełnej satysfakcji z zakupionej imprezy turystycznej” stanowi dobro

⁵¹ ACa 941/2004, LexPolonica nr 379684.

⁵² Sygn. VCA 2387/05, niepubl., cyt. za M. Domagalski, *Zadośćuczynienie za brak wycieczki fakultatywnej*, Rzeczpospolita z 3 czerwca 2006 r.

osobiste, i dlatego sąd przyznał określoną kwotę zainteresowanemu. Ponadto nie wszystkie interesy o charakterze niemajątkowym można chronić uciekając się do koncepcji dóbr osobistych, nawet przy otwartym ich katalogu jak w prawie polskim. Nie zawsze bowiem stosunkowo wysoka elastyczność zapewnia skuteczną ochronę.